



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.389 - SC (2020/0083860-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : DANIEL CAMILOTTI
ADVOGADO : FLAVIO SCHLICKMANN - SC026814

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16.334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A TRÊS MESES. ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

2. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: "*O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990*".

3. Na hipótese dos autos, conquanto os fatos atribuídos ao ora Agravado, a princípio, se subsumam à figura penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão-somente 3 (três) meses – conduz ao reconhecimento da atipicidade das condutas e, por conseguinte, à absolvição. Precedentes do STJ.

4. "*É incabível a análise, em agravo regimental, de matéria que não constou das contrarrazões ao recurso especial, por se tratar de indevida inovação recursal (ut, AgRg no REsp 1505446/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 18/03/2021).*" (AgRg no REsp 1.931.220/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021.)

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo regimental e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2022(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.389 - SC (2020/0083860-1)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : DANIEL CAMILOTTI
ADVOGADO : FLAVIO SCHLICKMANN - SC026814

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão de minha lavra, por meio da qual o respectivo recurso especial foi provido (fl. 1495; sem grifos no original):

"RECURSO ESPECIAL. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTUMÁCIA. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMADO NO RHC N. 163.334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A TRÊS MESES. ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO."

Segundo o Agravante, *"a tese fixada deve ser analisada com extrema cautela, a fim de preservar a segurança jurídica. Isso porque a análise da tese, antes do julgamento dos aclaratórios opostos, pode gerar diversas interpretações sobre a extensão do termo 'de forma contumaz'."*

Argumenta que *"o Agravado responde a outras seis ações penais, todas em curso e na mesma Comarca, exatamente pelo mesmo delito"* (fl. 1513).

Pede a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do regimental ao Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.870.389 - SC (2020/0083860-1)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16.334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A TRÊS MESES. ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

2. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: *"O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990"*.

3. Na hipótese dos autos, conquanto os fatos atribuídos ao ora Agravado, a princípio, se subsumam à figura penal do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão-somente 3 (três) meses – conduz ao reconhecimento da atipicidade das condutas e, por conseguinte, à absolvição. Precedentes do STJ.

4. *"É incabível a análise, em agravo regimental, de matéria que não constou das contrarrazões ao recurso especial, por se tratar de indevida inovação recursal (ut, AgRg no REsp 1505446/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 18/03/2021)." (AgRg no REsp 1.931.220/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021.)*

5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O agravo regimental não comporta provimento.

Isto porque o Agravante não trouxe argumentos capazes de infirmar a decisão agravada, por meio da qual DANIEL CAMILOTTI foi absolvido da imputação do crime tipificado no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, em virtude da atipicidade de sua conduta.

A Corte local, após a análise do conjunto fático-probatório, manteve a condenação do Agravado pelo delito previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990, mediante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os seguintes termos (fls. 1361-1363 ; sem grifos no original):

"[...] a materialidade do crime está consubstanciada pela Notificação Fiscal n. 146030016961(fl.6), da qual se extrai que o **imposto (ICMS) devido pela empresa CARIBOR TECNOLOGIA DA BORRACHA LTDA nos períodos de novembro/2013 (R\$ 16.417,40), dezembro/2013 (R\$ 37.416,47) e janeiro/2014 (R\$ 79.883,06)**, Declarações de ICMS e do Movimento Econômico- DIME's (fls. 7-15). Ressalta-se ainda a presunção de veracidade e fé-pública dos documentos apontados.

A autoria, igualmente, encontra-se consubstanciada na documentação constante dos autos, especialmente no contrato social (fls.39-42), onde se verifica que o recorrente era o sócio-administrador da empresa citada acima, acrescida, ainda, do depoimento oral colhido do acusado, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa (fl. 407 - mídia digital)."

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico. Por oportuno, confira-se a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS 'DESCONTADO E COBRADO'. ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.

1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária – tal qual se dá com a apropriação indébita em geral – o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial.

3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão 'descontado ou cobrado', o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que 'descontam' ou 'cobram' o tributo ou contribuição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo 'descontado' é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo 'cobrado' deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito.

5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.

6. *Habeas corpus denegado.*" (HC 399.109/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2018, DJe 12/09/2018.)

No mesmo sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. NÃO CONHECIMENTO. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO PRAZO LEGAL DOLO GENÉRICO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. PREJUÍZO ELEVADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS LHE NEGAR PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser conhecido o agravo.

2. O não recolhimento, no prazo legal, de ICMS declarado pelo contribuinte, caracteriza o delito do art. 2º, II, da Lei 8.137/90, sendo dispensada a comprovação do dolo específico.

3. O grave dano causado à coletividade, evidenciado pelo valor total sonogado de 2.211.730,28, justifica a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/90.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento." (AgRg no AREsp 1.592.200/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 27/02/2020.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. 1) TIPICIDADE DA CONDUTA. 2) DOLO ESPECÍFICO PRESCINDÍVEL. 3) AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Conforme se depreende de julgado da 3ª Seção desta Corte (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

399.109/SC, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 31/8/2018), a falta de recolhimento aos cofres públicos de ICMS discriminado em nota fiscal de venda de produtos a consumidor final configura o delito do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, sendo certo que a declaração do ICMS devido ao Fisco não afasta a tipicidade.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no julgamento do HC n.º 399.109/SC, firmou o entendimento de que o elemento subjetivo especial, no crime de apropriação indébita tributária (art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90), é prescindível, sendo suficiente para a configuração do crime a consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido (AgRg nos EREsp 1635341/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 26/10/2018).

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.767.899/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019.)

Contudo, ainda a propósito da tipicidade no tocante ao delito previsto no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.137/90, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese jurídica:

"O contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei n.º 8.137/1990." (Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 18/12/2019, DJe 13/11/2020.)

No caso dos autos, as condutas típicas imputadas ao Agravado restringem-se ao não recolhimento do ICMS relativo a novembro e dezembro de 2013, e janeiro de 2014, segundo o *decisum* e a narrativa contida na denúncia (fls. 1-2; grifos diversos do original):

"O denunciado, na condição de sócio administrador de 'CARIBORTECNOLOGIA DA BORRACHA LTDA.', CNPJ n. 83.538.215/0001-98 e Inscrição Estadual n. 25.058.174-4, estabelecida na Avenida Santos Dumont, n. 2038, Bairro Bom Retiro, em Joinville, deixou de efetuar, no prazo legal, o recolhimento de R\$133.716,93 (cento e trinta e três mil e setecentos e dezesseis reais e noventa e três centavos) a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS cobrado de consumidores, locupletando-se ilicitamente mediante este tipo de apropriação de valores e em prejuízo do Estado de Santa Catarina, conforme declarado pelo sujeito passivo da obrigação nas DIMES (Declarações do ICMS e do Movimento Econômico) dos meses de novembro e dezembro de 2013 e janeiro de 2014, documentos integrantes da Notificação Fiscal n.146030016961, de 07/03/2014."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, nos termos do atual entendimento do Pretório Excelso, conclui-se que, conquanto os fatos atribuídos ao ora Agravado, a princípio, se subsumam à figura penal antes mencionada, **a ausência de contumácia – o débito com o fisco se refere a tão-somente 3 (três) meses – conduz ao reconhecimento da atipicidade das condutas e, por conseguinte, à absolvição.**

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ART. 2º, INC. II, DA LEI N. 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL POR 3 (TRÊS) MESES. CONTUMÁCIA DELITIVA NÃO DEMONSTRADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTE DO STF. CONDENAÇÃO POSTERIOR. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1 - O Supremo Tribunal Federal, em apreciação do RHC n. 163.334/SC, fixou a seguinte tese a respeito da tipicidade do delito previsto no art. 2.º, II, da Lei n. 8.137/1990: 'O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990'.

2 - Na oportunidade, ficou assentado que 'a caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de 'laranjas' no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc' (RHC n. 163334, relator ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12/11/2020 PUBLIC 13/11/2020).

3 - O curto período de inadimplência fiscal (três vezes) e o valor que deixou de ser recolhido é insuficiente para comprovar a imputação da contumácia, que passou a ser exigida pelo STF, sendo manifestamente atípica a conduta do envolvido, impondo-se sua absolvição.

4 - A existência posterior de condenação transitada em julgado não foi objeto de apreciação pelas instâncias ordinárias, que nada disseram a respeito do alegado. Nem mesmo, por ocasião das contrarrazões ao especial da defesa, foi o tema levantado pelo representante ministerial.

5 - A jurisprudência desta Corte não admite que se acrescente, em agravo regimental, novos argumentos que não foram postos na petição inicial do recurso especial.

6 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.907.508/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO JUIZ NATURAL E DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA. MARCO INTERRUPTIVO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS NOS MESES DE JULHO, AGOSTO E OUTUBRO DE 2011. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RHC N. 16.334/SC. CONTUMÁCIA DELITIVA NÃO DEMONSTRAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 176.473/RR, por maioria de votos, concluiu que 'somente há se falar em prescrição diante da inércia do Estado', de modo que o art. 117, IV, do Código Penal 'não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão', constituindo marco interruptivo da prescrição punitiva estatal.

3. Não se verifica a superação do lapso prescricional, de 3 anos (art. 109, IV, do CP), tendo o recorrente sido condenado a 7 meses e 6 dias de detenção, se houve o recebimento da denúncia em 26/5/2014, a publicação da sentença condenatória em 26/9/2016 e do acórdão que julgou a apelação em 13/8/2019, pelo que fica afastada a alegação de prescrição da pretensão punitiva.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC n. 163.334, passou a considerar para a incidência do tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, a contumácia delitiva e o dolo de apropriação, decidindo que o contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990.

5. **Tendo o recorrente sido condenado por deixar de recolher o tributo por três meses, nos meses de julho, agosto e outubro de 2011, inexistindo referência a ser agente contumaz ou sobre a existência de processo administrativo fiscal para apurar apropriação em períodos posteriores a esse lapso temporal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.**

6. Agravo regimental provido para absolver o recorrente nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal." (AgRg no REsp 1.865.750/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; sem grifos no original.)

"RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990). VIOLAÇÃO DO ART. 23, I, DO CP. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONTUMÁCIA DELITIVA (RHC N. 163.334). MOLDURA FÁTICA (EXTRAÍDA DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA) QUE INDICA QUE A AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DECLARADO OCORREU POR POUCO PERÍODO DE TEMPO (QUATRO MESES), INEXISTINDO MENÇÃO À



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REITERAÇÃO SUBSEQUENTE. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO.

Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido para absolver a recorrente, com fundamento no art. 386, III, do CPP." (REsp 1.852.129/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2020, DJe 26/06/2020.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TESE DE AFRONTA AOS ARTS. 332 E 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOVAÇÃO NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 2.º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSÁRIO COMPROVAR TAMBÉM A CONTUMÁCIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PLASMADO NO RHC N. 16334/SC. CONDUTA QUE SE RESTRINGIU AO NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO A UM MÊS (NOVEMBRO/2016). ATIPICIDADE RECONHECIDA. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

7. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 399.109/SC, pacificou o entendimento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é fato típico.

8. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC n. 163.334/SC, cujo acórdão ainda está pendente de publicação, fixou a seguinte tese jurídica: "O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990".

9. Na hipótese dos autos, portanto, inafastável a conclusão de que, conquanto o fato deletério atribuído ao ora Agravante, a princípio se subsuma à figura penal antes mencionada, a ausência de contumácia - o débito com o fisco se refere a tão somente 1 (um) mês -, conduz ao reconhecimento da atipicidade da conduta e, por conseguinte, à absolvição do Réu com esteio no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

10. Agravo regimental parcialmente provido para absolver o Réu." (AgRg no REsp 1.867.109/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020.)

Ressalte-se que a alegação do Ministério Público acerca de eventual contumácia delitiva do Agravado, tendo em vista a existência de ações penais em curso não foi objeto de apreciação pelas instâncias ordinárias, que nada disseram a respeito do alegado. **Nem mesmo, por ocasião das contrarrazões ao especial da defesa (fls. 1462-1472), foi o tema**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levantado pelo representante ministerial, o que enseja, nessa fase processual, a impossibilidade de sua análise.

Com efeito, *"É incabível a análise, em agravo regimental, de matéria que não constou das contrarrazões ao recurso especial, por se tratar de indevida inovação recursal (ut, AgRg no REsp 1.505.446/GO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, DJe 18/03/2021)." (AgRg no REsp 1.931.220/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 14/06/2021; sem grifos no original.)*

No mesmo sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. USINA HIDRELÉTRICA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRAZO PRESCRICIONAL. TRIÊNIO.

1. É defeso à parte inovar em sede de agravo interno, apresentando tese não arguida nas contrarrazões ao apelo especial, dada a preclusão consumativa. Precedentes.

2. Firme nesta Corte a orientação de que é trienal o prazo prescricional da pretensão indenizatória por danos causados em razão da construção de usina hidrelétrica.

3. Agravo interno desprovido." (AgInt no REsp 1.848.971/RO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2021, DJe 29/06/2021; sem grifos no original.)

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO APELO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA.

1. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos apresentados em momento posterior à interposição do recurso especial ou das respectivas contrarrazões não são passíveis de conhecimento por importar inovação recursal, indevida em virtude da preclusão consumativa.

2. A tese defendida no bojo do recurso especial manejado pela ora agravada tem natureza eminentemente jurídica, razão pela qual seu conhecimento não pressupõe revolvimento de matéria probatória. Inaplicabilidade das Súmulas 5 e 7 do STJ à hipótese.

3. Agravo interno desprovido." (AgInt no REsp 1.878.558/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 30/11/2020, DJe 04/12/2020; sem grifos no original.)

E mais: AgRg no REsp 1.863.836/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020 (DJe 14/10/2020); AgInt no REsp 1.773.952/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021 (DJe 25/03/2021).

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do agravo regimental e, nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2020/0083860-1

AgRg no
REsp 1.870.389 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 082015001909929 09064530420158240038 0906453042015824003850001
82015001909929 9064530420158240038 906453042015824003850001

EM MESA

JULGADO: 08/02/2022

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DANIEL CAMIOTTI
ADVOGADO : FLAVIO SCHLICKMANN - SC026814
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO : DANIEL CAMIOTTI
ADVOGADO : FLAVIO SCHLICKMANN - SC026814

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do agravo regimental e, nessa extensão, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Antonio Saldanha Palheiro e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com a Sra. Ministra Relatora.